

## ZORUNLU ROAMİNG SÖZLEŞMESİ

### GİRİŞ

Roaming kavramı en genel tanımıyla sistemler arası dolaşımı ifade etmektedir. Bu dolaşımında bir işletmeciye ait hizmetlerin, teknik uyumluluk şartları sağlandığı takdirde, başka bir işletmeciye ait ekipmanlar üzerinden verilmesi sağlanır. Yani bir anlamda sözleşmenin taraflarını oluşturan işletmelere ait olan ve telekomünikasyon hizmeti veren ekipmanlar arasında ara bağlantı kurulur. Sözleşmenin temelini oluşturan dolaşım kavramının, Türkiye’de uygulama alanı bulan sözleşme çeşitleri esas olarak dört tanedir. Bu çerçevede yapılan ayrımlardan bir tanesi sözleşmenin yapılmasındaki irade esas alınarak yapılan bir ayrımdır ve dört tür dolaşım sözleşmesinden ihtiyari ve zorunlu roaming sözleşmesi bu kapsamda değerlendirilir.

### İHTİYARİ ROAMİNG SÖZLEŞMESİ

Bu sözleşmeyi yapıp yapmama konusunda taraflar tamamen serbesttir ve roaming sözleşmelerinde asıl olan ihtiyari roamingdir.

### ZORUNLU ROAMİNG SÖZLEŞMESİ

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu’nun 6/1-t maddesinde “Ara bağlantı ve ulusal dolaşım da dahil erişim ile ilgili uygulanacak usul ve esaslar...” denilmektedir. Görüldüğü gibi Kanun, dolaşım sözleşmesini de erişim kapsamına alarak bu çerçevede bir değerlendirme yapmıştır. Aynı kanunun 3/1.p maddesinde yer alan tanımlarda erişim yükümlüsü, kendisine erişim sağlama yükümlülüğü getirilen işletmeci olarak tanımlanmış ve 16. maddede “Erişim yükümlüleri ve yükümlülüğün kapsamı Kurum tarafından belirlenir. Kurum; bir işletmecinin diğer bir işletmecinin bu Kanunun 15 inci maddesinde belirtilen hususlarda erişimine izin vermemesinin veya aynı sonucu doğuracak şekilde erişim için makul olmayan süre ve şartlar ileri sürmesinin, rekabet ortamının oluşumunu engelleyeceğine veya ortaya çıkacak durumun, son kullanıcıların aleyhine olacağına karar vermesi halinde, söz konusu işletmeciye diğer işletmecilerin erişim taleplerini kabul etme yükümlülüğü getirebilir.”denmektedir. Dolayısıyla rekabet ortamını engelleyecek bir durum veya elektronik haberleşme şebekesi sağlayamayan gerçek veya tüzel kişiler aleyhine bir durum ortaya çıkması halinde zorunlu roaming söz konusu olacaktır. Zorunlu roaming sözleşmeleri erişim yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır ve irade serbestisinin istisnası niteliğindedir. Söz konusu yükümlülük Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından belirlenir ve ancak hakim piyasa gücüne sahip işletmelere getirilebilir.

### HUKUKİ NİTELİK

Roaming sözleşmesi; ticari nitelikli bir sözleşme olduğu için ve konusu herhangi bir kamu hizmetini içermediği için özel hukuk sözleşmesidir. Dolayısıyla bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar adli yargıda çözülür ancak zorunlu roaming ile ilgili Bilgi

Teknolojileri ve İletişim Kurumu bir karar aldığı takdirde, bu kararların niteliği idari işlem olacağından söz konusu uyuşmazlık idari yargıda çözülür.

Ayrıca roaming sözleşmeleri rızai ve ivazlı sözleşmelerdir. Hatta daha da ayrıntıya inilecek olursa bu sözleşmeler, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğini taşırlar. Dolayısıyla burada “borçlar karşılıklı ve birbirine bağlıdır”<sup>1</sup> ve her iki taraf birbirine karşı hem borçlu hem alacaklı konumundadır.

Bu sözleşmeler kanunda düzenlenmediği için isimsiz sözleşme olarak nitelendirilebilir. Bununla birlikte roaming sözleşmeleri kanunda düzenlenmediği halde, kanunda düzenlenmiş olan satış sözleşmesi ve hasılat kirası gibi sözleşmelerin unsurlarını taşıdığı için karışık muhtevalı sözleşme özelliği gösterirler. Son olarak roaming sözleşmeleri sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerdir.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu’nun üçüncü maddesinde roaming “ bir işletmeciye ait hizmetlerin, teknik uyumluluk şartları saklı kalmak üzere, diğer bir işletmecinin abonelerine ait ekipmanlar üzerinden sunulmasına veya bir diğer sistemin ara bağlantısına imkân sağlayan sistemler arası dolaşımı” olarak tanımlanmıştır. Söz konusu tanımdan da anlaşılacağı üzere; burada bir işletmenin, başka bir işletmeye ait alt yapının sağladığı hizmetlerden yararlanması söz konusudur ve bu açıdan roaming sözleşmesi hasılat kirası sözleşmesiyle benzerlik göstermektedir çünkü hasılat kirası sözleşmesinin konusunu “ hasılat getiren bir taşınır veya taşınmaz, yahut bir ticari işletme veya hak oluşturabilir.”<sup>2</sup> Roaming sözleşmesinde asıl olarak bir alt yapının kullanımının devri söz konusu olduğu için bu açıdan roaming sözleşmesi kira sözleşmesiyle ciddi benzerlikler taşımaktadır. Ancak bununla birlikte roaming sözleşmesinde hasılatı uyarlanabilecek türde hizmet sağlayan bir alt yapının kullanımı söz konusu olduğundan, bu sözleşmenin hasılat kirası sözleşmesine ilişkin bir unsuru taşıdığını söylemek daha doğru olacaktır.

Bununla birlikte roaming sözleşmesinin taraflarından birinin ücret ödeme yükümlülüğü altında bulunması, bu sözleşmenin kira sözleşmesi ve satış sözleşmesinde ortak olarak bulunan bir unsuru taşıdığını göstermektedir. Dolayısıyla roaming sözleşmesi tek başına kanunda düzenlenmemesine rağmen; bir yandan satış sözleşmesine ilişkin diğer yandan kira sözleşmesine ilişkin unsurları taşımaktadır ve bu nedenle sözleşmenin karışık muhtevalı akit olarak değerlendirilebileceğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu sebeptendir ki, kira sözleşmesine ait bir unsura ilişkin uyuşmazlık çıkması durumunda kira sözleşmesine ilişkin hükümlerle, satış sözleşmesine ilişkin bir uyuşmazlık çıktığında satış sözleşmesine ilişkin hükümlerle ilgili uyuşmazlığın çözümlenmesi gerekir.

## ROAMING SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

6098 sayılı Borçlar Kanunu’nun 2. Maddesi uyarınca “ taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır.” Maddede geçen ifadeden de anlaşılacağı üzere sözleşmenin geçerli şekilde kurulabilmesi için; tarafların iradelerinin, objektif esaslı unsurlar bakımından uyuşmuş olması yeterlidir. Her sözleşmede olduğu gibi roaming sözleşmesinin de geçerli

<sup>1</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLI, s.99.

<sup>2</sup> TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuk-Özel Borç İlişkileri, 4.Bası, İstanbul 2008, s.3.

şekilde kurulabilmesi için üzerinde anlaşılması gereken bazı asgari unsurlar yani objektif esaslı unsurlar mevcuttur ve esas olarak bunlar üç tanedir.

### **Konu Unsuru**

Sözleşmenin konusu üzerinde anlaşmak, geçerli bir sözleşme kurulabilmesi için son derece önemlidir ve bu nedenle roaming sözleşmesinin konusunun belirli ya da belirlenebilir olması sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi açısından vazgeçilmez bir unsurdur. Roaming sözleşmesinin konusu, esas olarak telekomünikasyon alt yapısının kullanılmasıdır ve bu alt yapının kullanmaya uygun bir nitelik teşkil etmesi gerekir.

### **Ücret Unsuru**

Alt yapıyı kullanacak olan işletmeci sözleşmenin niteliği gereğince bunun karşılığında bir bedel ödemekle yükümlüdür ve “roaming verenin roaming bedeli olarak yükümlendiği miktar da sözleşmede açık olarak kararlaştırılmış olmalıdır.”<sup>3</sup> Bedel konusunda kanunda zorunlu olarak görülen bir ödeme şekli olmadığından bu bedel paradan başka bir şeyle de yapılabilir. Roaming sözleşmesinde kural olarak, ücretler taraflarca belirlenir ancak taraflar ücret konusunda anlaşamazlarsa Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’na başvurarak geçici bir ücret belirlenmesini talep edebilirler. Belirlenen ücret; yıkıcı, rekabeti ve eşitliği bozucu nitelikte olmamalıdır. Bu durum hem zorunlu hem de ihtiyari roaming sözleşmesi için geçerlidir.

### **Anlaşma Unsuru**

Roaming sözleşmeleri de her sözleşmede olduğu gibi kural olarak, 6098 sayılı Borçlar Kanunu 1. Madde uyarınca “... tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur.” Ancak bununla birlikte roaming sözleşmesinde farklı bir durum söz konusudur. Zorunlu roaming sözleşmesinde genel işlem şartlarının önceden belirlenmesi gerekir. Bu nedenle referans niteliğinde bir roaming sözleşmesi hazırlanıp yayımlanır. Yayımlanan referans icap, karşı tarafın beyanı kabul niteliği taşır.

## **ROAMING SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN HAKLARI VE BORÇLARI**

Asıl olarak roaming sözleşmesinin tarafları, telekomünikasyon alanında faaliyet gösteren ve bu konuda hizmet veren tüm işletmelerdir. Bu işletmeler roaming alan ve roaming veren olarak roaming sözleşmesinin taraflarını oluştururlar.

### **Roaming Veren Yükümlülükleri**

Roaming sözleşmesi karışık muhtevalı akit niteliği gösterir ve içinde hasılat kirasına ilişkin unsurları barındırır. Bu nedenle roaming verenin yükümlülükleri kira verenin borçlarıyla aynıdır.

Genel olarak kira konusu şeyin kullanımının devri, sözleşme süresince kira konusu şeyin kullanım amacına uygun bulundurulması gibi borçlar roaming sözleşmesinde roaming verenin borçları olarak uyarlanabilir. Ancak roaming verenin esas olarak üç tane borcu vardır.

<sup>3</sup> DEPREM, Başak, Roaming (Dolaşım) Sözleşmesi, Ankara 2006, s.81.

-Eşit ve Aynı Kalitede Hizmet Sunma Yükümlülüğü : Roaming veren kendi abonesine sağlamakta olduğu teknik imkanları, roaming alanın abonelerine de sağlamakla yükümlüdür. Söz konusu olan eşitlik teknik bir eşitlikten ibarettir, ücret eşitliği söz konusu değildir. Operatörün abonesinden alacağı ücret roaming sözleşmesinden tamamen bağımsızdır.

-Alt Yapı Hizmetlerinden Faydalanan Aboneyi Engelleyici Davranışlarda Bulunmama Yükümlülüğü: Bu yükümlülük teknik olarak engelleyici davranışlarda bulunmayla ilgilidir. Verilen hizmete ilişkin teknik engeller yaratacak programlamalar yapılmamalıdır. Bu şekilde bir programlama yapmak borca aykırılık teşkil eder.

-Özen ve Sadakat Borcu: Roaming veren operatör; roaming alan operatörün abonelerinin, roaming hizmeti alabilmek için vermiş olduğu bilgileri saklamak ve bunları başka amaçlarla kullanmamakla yükümlüdür.

## Roaming Alanın Yükümlülükleri

Roaming alanın yükümlülükleri ise, kiracının borçları ile benzerlik göstermektedir. Genel olarak bedel ödeme borcu, şeyi özenle kullanma borcu ve sözleşme bitiminde kira konusu şeyi iade borcu, bu sözleşmeye uyarlanabilir.

-Ücret Ödeme Borcu: 6098 sayılı Borçlar Kanunu 313. madde uyarınca “kiracı, kira bedelini ödemekle yükümlüdür.” Burada da roaming alan, kiracıyla aynı konumda olduğundan, kullandığı alt yapı hizmetine karşılık olarak uygun bir bedel ödemekle yükümlüdür.

-Roaming Konusu Olan Alt Yapının Sadakat ve Özenle, Yalnızca Kullanım Amacına Uygun Olarak Kullanılması Borcu: Roaming sözleşmesi ile kullanımına ilişkin hak kazanılan alt yapı, roamingden başka bir amaçla kullanılamaz. Roaming amaçlı olmayan fiili bir kullanım söz konusu olamaz, ayrıca söz konusu alt yapının kullanımı başka bir operatöre devredilemez.

-Özen ve Sadakatle Tesisleri Kullanma ve İade Etme Borcu: Roaming sözleşmesine konu olan alt yapı veya tesis özen ve sadakatle kullanılmalıdır. Örneğin; roaming alan operatörün, roaming veren operatöre ait alt yapının belli bir bölümünü kullanarak hizmet verebilmesi mümkünken, alt yapının tamamını kullanması özen ve sadakat borcuna aykırılık teşkil eder. Bununla birlikte sözleşmenin bitiminde kullanılan tesisin ya da alt yapının terki gerekir ve tesiste mevcut olan olağan yıpranmalar dışındaki tüm zararların roaming alan tarafından tazmini gerekir.

---

<sup>i</sup> Hazal Buğu ALARSLAN, İrmak GÖK ve Nesli AYDOSLU tarafından hazırlanmıştır.